

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Critique de l'idée de propriété du corps humain ou Le miroir de l'infâme belle-mère de BlancheNeige

Fierens, Jacques

Publication date:
2000

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Fierens, J 2000, *Critique de l'idée de propriété du corps humain ou Le miroir de l'infâme belle-mère de BlancheNeige*. Cahiers de la faculté de droit de Namur, Numéro 17, FUNDP. Faculté de droit, Namur.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

**CRITIQUE DE L'IDEE DE
PROPRIETE DU CORPS HUMAIN
ou
LE MIROIR DE L'INFAME
BELLE-MERE DE BLANCHENEIGE**

Jacques FIERENS

CAHIER N° 17

Ce texte a été présenté au Forum international des juristes francophones organisé à Québec du 6 au 9 octobre 1999 sur le thème général « Le développement du droit a-t-il permis un progrès de la justice ? » J'avais été invité à présenter une communication au sein de l'atelier « Le corps humain, le droit et la justice ».

Elle sera publiée en juin 2000 dans la *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*.

DECEMBRE 1999

Critique de l'idée de propriété du corps humain

ou

Le miroir de l'infâme belle-mère de Blancheneige

"Elle avait un miroir magique, quand elle se mettait devant et s'y contemplait, elle disait: *Petit miroir, petit miroir chéri, quelle est la plus belle de tout le pays ?* et le miroir répondait: *Madame la reine, vous êtes la plus belle du pays.*"

Frères GRIMM, *Contes*, choix, traduction et préface de M. ROBERT, Paris, Gallimard, [coll. Folio, n° 840], 1976, pp. 144-145.

Introduction

Les avocats, notamment, savent bien que les réponses sont influencées par la manière dont les questions sont posées. Celle qui est l'occasion de cette rencontre est: "Le développement du droit a-t-il permis un progrès de la justice ?". Notre atelier la pose plus particulièrement au sujet de la protection juridique du corps humain.

Jusqu'il y a quelques années – disons quelques siècles – cette question n'aurait pas manqué de surprendre, et on peut même douter qu'elle fût comprise. C'est que pendant plus de deux mille ans d'histoire du droit occidental, justice et droit étaient synonymes. Celui-ci était par définition la mise en œuvre de celle-là. C'est si vrai que le mot "justice" contient le mot "droit". Ecoutez: "*Ius-titia*". En grec, *το δίκαιον* signifie indifféremment l'un et l'autre¹. C'est que les philosophes savaient ce qu'ils cherchaient, et avec eux, ou à cause d'eux, ou grâce à eux, les juristes le savaient aussi: tous cherchaient le *λογος*², qui se donne comme le Juste, le Vrai et le Beau dans l'Antiquité (ce sont alors des synonymes), puis comme Dieu de Jésus-Christ à travers la *ratio*, depuis les Pères de l'Eglise jusqu'aux Temps Modernes.

Tout change au XVI^e siècle. Le "moment Machiavel" constitue à cet égard une rupture nette avec le Moyen Age, lui-même tributaire à cet égard de l'Antiquité latine et grecque. Le droit ne concerne plus la question de savoir comment trouver le Juste ou appliquer au gouvernement des hommes les enseignements de l'Evangile. Une séparation totale de la politique, du droit et de la morale s'instaure. On passe de la

¹ Dans l'Ancien Testament, les Prophètes parlent d'observer "le droit et la justice" sans les distinguer.

² C'est Aristote qui indique le premier que si l'homme vit en Cité et se donne des lois, c'est qu'à la différence des abeilles ou autres animaux grégaires, l'homme a le *logos* (*Politique*, tr. fr. J. AUBONNET, Paris, Les belles lettres, 1960, livre I, II, 9-10). Jean commence son Evangile en écrivant *Εν αρχή ην ο λογος*, que la Vulgate traduit par "*In principio erat Verbum*", "Au commencement était le Verbe", mais la traduction appauvrit l'épaisseur de sens du grec.

question *du* politique, qui était celle de la Grèce, à la question *de la* politique, éminemment contemporaine. Une dérive de la pensée s'opère de la justice vers le pouvoir. Le droit est devenu langage du pouvoir et non plus langage de justice³. La brèche est ouverte dans laquelle s'engouffre le positivisme juridique, qui demeure le château hanté dans lequel les juristes d'aujourd'hui évoluent encore.

Ces remarques au sujet du thème général de notre rencontre ne sont pas sans rapport avec la question particulière ici traitée: la protection juridique du corps humain. Tous les systèmes de droit protègent l'intégrité du "corps propre", à travers le droit criminel, le droit de la responsabilité civile, et, de plus en plus, à travers l'élaboration difficile de lois particulières tendant à réguler les possibilités de transferts d'organe, de procréations assistées ou artificielles, d'action sur le matériel génétique⁴. Mais quel est le fondement, la justification juridique de cette protection ? On s'attachera spécialement à l'émergence de l'affirmation d'un droit de *propriété* de la personne sur son corps, parce que cette analyse, outre qu'elle peut servir de repoussoir et mène à la recherche d'un autre fondement, permet de comprendre comment est aujourd'hui conçu le sujet de droit lui-même.

Or, c'est également à l'aube des Temps Modernes que sont réunies les conditions d'une telle illusion (**I**). L'affirmation d'un droit de propriété du corps exprime l'exigence d'une protection juridique forte, mais recèle aussi de graves dangers (**II**). Parce que la propriété du corps doit être rejetée, on propose un autre fondement de sa protection : l'idée de *dignité*, progressivement passée de la sphère spéculative au concept juridique (**III**).

I. L'illusion de la propriété du corps

Pour en arriver un jour à l'affirmation de la propriété du corps, il a fallu (a) que s'instaure une distance entre le sujet et son corps, (b) que le sujet exige pour sa protection un droit absolu et (c) que le droit de propriété soit érigé en droit subjectif par excellence. Ces conditions n'ont été que progressivement remplies au fil du temps, par la philosophie qui précède toujours le droit.

a. La distance entre le sujet et son corps

L'illusion de la propriété du corps s'explique par le fait qu'à plusieurs reprises, la philosophie a creusé la séparation entre le corps, objet de propriété, et le propriétaire. Le constat fondamental est que le corps n'est pas seulement substance matérielle prise dans le temps et dans l'espace, marques essentielles de la finitude. Aussi loin que l'on

³ L'ouvrage le plus célèbre de Machiavel, *Le Prince* (dont le véritable titre est *Des Principautés*) est publié en 1513.

⁴ En Belgique, une loi du 13 juin 1986 est relative au prélèvement d'organes et une loi du 5 juillet 1994 au sang. Il est permis de se demander si de nouvelles interventions législatives ne sont pas nécessaires. Si le législateur n'intervient pas, le pouvoir est en réalité aux mains des médecins et des scientifiques. A l'échelle du Conseil de l'Europe voy. la Convention pour la protection des droits de l'homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine du 4 avril 1994 (<http://www.coe.fr/fr/txtjur/164fr.htm>); S. OSCHINSKY et Y. OSCHINSKY, "La Convention pour la protection des droits de l'homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine: Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine (Conseil de l'Europe)", *Journal des tribunaux*, 1997, pp. 465-474.

remonte dans toutes les civilisations du monde, le mystère de la vie, l'existence d'êtres semblables et le désir religieux indiquent que la matérialité du corps est dépassée par ce que l'on appellera dans la tradition occidentale *psychè*, *nous*, *anima*, esprit, âme. Le corps n'est même pas réduit à la pure matérialité lorsqu'il est mort, lorsque l'esprit l'a quitté pour un ailleurs ou un nulle part, comme l'indiquent les normes qui le protègent encore⁵. Il faudra des penseurs de l'extrême comme Nietzsche pour remettre en question la dualité corps-âme⁶.

Cette volonté de dire que la personne humaine est plus que de la matière corporelle poussera à imaginer une distance entre l'homme et son corps. Les antécédents sont sérieux: ils commencent par Platon. Celui-ci hérite lui-même de la tradition pythagoricienne l'idée que le corps est une prison: "*Sôma sêma*"⁷. Une prison pour quoi ? pour qui ? Pour ce qui est en plus que la matière du corps, qui participe du mystère de la vie humaine. Le corps est aussitôt déprécié par rapport à l'âme. Platon pense deux mondes, celui des Idées et celui d'ici-bas. Il lui est donc aisé de créer la distance en posant l'âme unie au premier et le corps rivé au second. "Si nous devons jamais avoir une pure connaissance de quoi que ce soit, il faut nous séparer [du corps], et, avec l'âme en elle-même, contempler les choses en elles-mêmes"⁸. Voilà la distance instaurée, et elle est aussi immense que celle qui, dans la caverne, existe entre l'ombre des choses et le soleil⁹.

Verra-t-on immédiatement apparaître le droit de propriété de son propre corps ? Non, car la pensée antique ne connaît pas encore le droit subjectif¹⁰. Et si elle ne le connaît pas, c'est qu'elle refuse de placer dans l'individu le centre du pouvoir, de la maîtrise. Le droit subjectif ne s'affirme qu'avec l'idée que tout homme jouit de droits intrinsèques parce qu'il est une personne. Il faudra attendre Descartes au point de vue de l'anthropologie ou Hobbes dans le domaine proprement juridique. D'ailleurs le vieil adage romain dira: "*Dominus membrorum suorum nemo videtur*." "Personne n'est considéré comme le *dominus* de ses membres."

⁵ En droit belge, voy. par exemple l'article 453 du Code pénal, qui réprime la violation de tombeaux ou de sépulture.

⁶ "J'ai un mot à dire à ceux qui méprisent le corps. Je ne leur demande pas de changer d'avis ni de doctrine, mais de se défaire de leur propre corps – ce qui les rendra muets. 'Je suis corps et âme' – ainsi parle l'enfant. Et pour- quoi ne parlerait-on pas comme les enfants ? Mais l'homme éveillé à la conscience et à la connaissance dit : 'Je suis tout entier corps, et rien d'autre; l'âme est un mot qui désigne une partie du corps.'" F. NIETZSCHE, "Des contempteurs du corps", *Ainsi parlait Zarathoustra*, tr. fr. G. BIANQUIS, Paris, Aubier-Flammarion, 1969, p. 99. Par ailleurs, Zarathoustra se réfère au sang comme à un esprit. Le résultat de cette philosophie est en effet une notion moins élevée de l'âme, mais en revanche une spiritualisation du corps.

⁷ *Gorgias*, 493a, tr.fr. L. ROBIN, Paris, N.R.F.-Gallimard [Coll. Bibliothèque de la Pléiade], 1950, p.440; Voy. aussi *Cratyle*, 400d, *Phèdre*, 250c. Cicéron reprendra cette idée dans *De la république* (tr. fr. Ch. APPUHN, Paris, Garnier-Flammarion, 1965, livre VI, XV, p. 110). Voy. aussi C. JOUBAUD, *Le corps humain dans la philosophie platonicienne. Etude à partir de Timée*, Paris, Vrin, 1991; S. LE DIRAISON et E. ZERNIK, *Le corps des philosophes*, Paris, P.U.F. [Coll. Major], 1993.

⁸ *Phédon*, 66d, *ibidem*, p. 778.

⁹ Voy. *La République*, livre VII, 514a et ss.

¹⁰ Michel Villey est à cet égard convaincant, même si on peut lui reprocher de vouloir revenir à toute force à une conception antique du droit, dépassée par la Modernité. Le concept de droit subjectif rend bien compte en effet de ce qu'est un droit aujourd'hui. Voy. M. VILLEY, *Le droit et les droits de l'homme*, Paris, P.U.F., 1983, spécialement pp. 77-78.

La mise à distance du corps est contestée par le plus brillant élève de Platon, Aristote. Il admet la dualité, pas la distance. L'âme est inséparable du corps, elle en est la cause formelle, l'*entéléchie*. L'âme est la forme du corps, liée à lui et disparaît d'ailleurs avec lui. L'âme est la forme "d'un corps ayant la vie en puissance". La substance humaine n'est pas l'âme, mais le composé d'âme et de corps. Dans le traité *De l'âme*, dès le premier chapitre, Aristote affirme que l'âme "ne peut, en effet, exister à l'état séparé, puisqu'elle est toujours donnée dans un corps quelconque"¹¹. Voici la distance abolie. Aristote nous a appris, le premier, à concevoir le corps et l'âme sans les séparer.

Le Moyen Age chrétien se réfère plutôt à Platon avec Augustin d'Hippone et les Pères de l'Eglise, plutôt à Aristote, un millénaire plus tard, lors de la synthèse thomiste. Le corps n'est pas méprisé par la doctrine chrétienne: Dieu s'est incarné en son fils. La résurrection des corps est affirmée par Saint Paul¹², qui reprend une intuition déjà présente chez Job¹³. Mais ce sont toujours des distances: entre le corps des mortels et celui de Dieu, entre aujourd'hui et le temps de la résurrection. Personne ne parle de droit de propriété du corps, parce qu'il n'existe pas au sens actuel en tant qu'affirmation du pouvoir d'un individu.

Viennent les XVe et XVIe siècles. La référence religieuse est remise en question, au moins dans son unicité, et aboutira aux Guerres de religion avant que l'un ou l'autre, bien plus tard, prétende signer l'acte de décès de Dieu (Feuerbach, Schopenhauer, Nietzsche, Marx ou Freud croiront l'avoir enterré définitivement). En même temps, les sciences dites exactes, et spécialement les mathématiques, installent leur règne. Le rapport au corps s'objectivise – au sens littéral du mot. Il devient un objet - à travers les progrès de l'anatomie. Vésale publie *De corporis humani fabrica* en 1543¹⁴. Nous ne sommes d'ailleurs pas sortis du règne des mathématiques: que serions-nous sans nos pythagoriciens d'aujourd'hui, qui prévoient les éclipses ou font marcher les ordinateurs ? Et après tout, si la survalorisation des sciences exactes et des mathématiques était liée à l'éloignement du corps ?

Mais voici qu'un nouveau platonicien va nous jouer un tour extraordinaire. Il ne l'a pas inventé seul, ni tiré du néant, mais l'a exprimé en son temps mieux que tout autre. Le tour est de séparer mon corps de moi-même, de ma raison, à nouveau et jusqu'à aujourd'hui. Le prestidigitateur, celui qui nous influence tellement (surtout pour qui parle français), c'est René Descartes. Il voulait justement faire de la philosophie comme on fait des mathématiques, tout comme Hobbes, Grotius, à la même époque, veulent faire du droit de la même manière. Hegel dira avec raison de Descartes qu'"on ne saurait se représenter dans toute son ampleur l'influence que cet homme a exercée sur son époque et sur les temps modernes."¹⁵ C'est lui qui exprime le plus clairement le *subjectum*, littéralement le "sous-jacent de toute chose"¹⁶, qui profère le "*cogito ergo sum*",

¹¹ *De l'âme*, tr. fr. E. BARBOTIN, Paris, éd. Les belles lettres, 1966, p. 4.

¹² *Rm*, 8, 11.

¹³ *Jb*, 19, 26: "C'est bien dans ma chair que je contemplerai Dieu" (tr. fr. T.O.B.).

¹⁴ Voy. aussi D. BORRILLO, *L'homme propriétaire de lui-même. Le droit face aux représentations populaires et savantes du corps*, thèse, Strasbourg, 1991.

¹⁵ *Leçons sur l'histoire de la philosophie*, tr. fr. P. GARNIRON, Paris, Vrin, t. 6, 1985, p. 1384.

¹⁶ Voy. les pages de Heidegger à ce sujet dans *Nietzsche*, tr. fr. P. KLOSSOWSKI, t. II, Paris, N.R.F.-Gallimard, 1971, pp. 114 et ss. Heidegger souligne notamment que pour Descartes, *cogitare* est aussi *percipere*. Or, *percipere* signifie littéralement "prendre possession de quelque chose, s'en emparer" (p. 122). Comme dans le droit de propriété.

"Je pense donc je suis", qui se pose lui-même comme première vérité et première certitude : *res cogitans*, chose pensante¹⁷. Face au sujet, le monde est institué comme *obiectum*, *res extensa*, chose étendue, à portée de la raison, mais radicalement distincte d'elle. Il en va de même du corps propre. Quoi d'étonnant alors à ce que Descartes considère le corps "comme une horloge composée de roues et de contrepoids", "une machine tellement bâtie et composée d'os, de nerfs, de muscles, de veines, de sang et de peau"¹⁸ ? Quoi d'étonnant à ce que le *Discours de la méthode* soit – on l'oublie souvent – l'introduction à la *Dioptrique* notamment, qui contient la description d'une partie du corps, l'œil ?

Pour Descartes, l'âme et le corps sont deux substances nettement distinctes, même si elles agissent l'une sur l'autre: "Et partant, de cela même que je connais avec certitude que j'existe, et que cependant je ne remarque point qu'il appartienne nécessairement aucune autre chose à ma nature ou à mon essence, sinon que je suis une chose qui pense, je conclus fort bien que mon essence consiste en cela seul, que je suis une chose qui pense, ou une substance dont toute l'essence ou la nature n'est que de penser. Et quoique peut-être (ou plutôt certainement, comme je le dirai tantôt) j'aie un corps auquel je suis étroitement conjoint; néanmoins, parce que d'un côté j'ai une claire et distincte idée de moi-même, en tant que je suis seulement une chose qui pense et non étendue, et que d'un autre j'ai une idée distincte du corps, en tant qu'il est seulement une chose étendue et qui ne pense point, il est certain que ce moi, c'est-à-dire mon âme, par laquelle je suis ce que je suis, est entièrement et véritablement distincte de mon corps et qu'elle peut être ou exister sans lui."¹⁹ Je suis "logé dans mon corps comme, ainsi qu'un pilote en son navire"²⁰. On ne saurait mieux contredire Aristote. Voici la distance rétablie dans la philosophie moderne. Elle est avant tout métaphysique, elle participe de la manière dont l'être de l'homme est envisagé.

En même temps, cette philosophie établit la possibilité du droit subjectif. Par sa raison, ses concepts, l'homme-individu s'empare du monde ("concept" vient de *con-capere*, qui signifie saisir, prendre, assurer son pouvoir). Ainsi le droit peut devenir revendication de l'individu sur le monde et sur les choses, pouvoir, appartenance, maîtrise, et finalement droit de propriété²¹. Cette fois s'invente le subjectivisme juridique, dont l'arme absolue

¹⁷ *Discours de la méthode*, dans *Oeuvres et lettres*, Paris, N.R.F. Gallimard [Coll. Bibliothèque de la Pléiade], p. 147-148.

¹⁸ *Méditations, Méditation sixième*, *op. cit.*, p. 329.

¹⁹ *Ibidem*, p.p. 323-324. Descartes poursuivra son examen en soulignant certaines différences entre l'âme et le corps: celui-ci est divisible, celle-là indivisible, etc.

²⁰ *Ibidem*, p. 326. Faisant allusion à cette image, Pufendorf dira que l'âme paie bien cher au corps le loyer du domicile qu'il lui fournit (*Le droit de la nature et des gens ou système général des principes les plus importants de la morale, de la jurisprudence et de la politique*, tr. fr. J. BARREYRAC, Amsterdam, 5^e éd., 1734, p. 251).

²¹ F. von SAVIGNY définira le droit subjectif en fonction de la volonté individuelle accompagnée de légitimation sociale: la règle assigne à chaque individu un domaine où sa volonté règne indépendante de toute volonté étrangère. Voy. *Traité de droit romain*, Paris, Didot, 1855, p. 323. Dans un article récent, Y.-H. Leleu et G. Génicot tentent de réhabiliter le concept de "maîtrise" qui caractériserait le mieux le rapport au corps ("La maîtrise de son corps par la personne", *Journal des tribunaux*, 1999, pp. 589-600). A la différence de la propriété, la maîtrise n'est pas un concept à contenu juridique, et les auteurs ne la définissent pas. Dans la ligne de Savigny ou de Jean Dabin (*Le droit subjectif*, Paris, Dalloz, 1952), tous les droits subjectifs sont d'ailleurs caractérisés par "l'appartenance-maîtrise". Quelle est la spécificité de celle-ci lorsqu'elle est appliquée au corps ? Savigny rejette pourtant la propriété de l'homme sur ses facultés spirituelles – donc la maîtrise ?- parce qu'il n'y a de rapport juridique que dans la relation à autrui ou à un objet du monde extérieur (§ 53). Cette nouvelle insistance sur la maîtrise n'échappe ni à l'individualisme, ni à

est précisément, comme on s'en doute, le droit subjectif, lequel se signifie le mieux dans le droit de propriété. Le concept de propriété au sens actuel, c'est-à-dire *pouvoir* en principe absolu, n'a pu apparaître qu'au moment où l'homme se définit d'abord comme *sujet*, comme centre du monde soumettant les *objets*, choses étendues devant lui, dont le corps fait partie. L'âme peut devenir propriétaire du corps.

Descartes, qui était juriste même s'il n'a presque jamais parlé du droit, inscrit dans la *Méditation sixième* une incise fort intéressante: "Ce n'était pas aussi sans quelque raison que je croyais que ce corps (lequel par un certain droit particulier j'appelais mien) m'appartenait plus proprement et plus étroitement que pas un autre. Car en effet je n'en pouvais jamais être séparé comme des autres corps."²² Il parle de droit sur le corps, mais constatant que la distance, la séparation sont impossibles, il ne sait comment qualifier la relation juridique, et se borne à évoquer "*un certain droit particulier*". Il ne peut résoudre le problème qu'il a contribué à créer.

b. Un droit absolu sur les corps

Ses contemporains s'en chargeront, spécialement ceux qu'il est convenu d'appeler les empiristes ou les contractualistes anglais. Hobbes lit Descartes et lui adresse des objections, soutenant notamment que toute pensée doit être une activité corporelle²³. Il passe à l'autre extrême: même l'âme est corporelle, comme l'haleine. Chaque partie de l'univers est corps; et ce qui n'est pas corps n'est pas une partie de l'univers : et parce que l'univers est le tout, ce qui n'en fait pas partie n'est rien. Mais ce qu'il faut retenir de Hobbes pour notre propos est l'affirmation de droits absolus de l'être humain en tant qu'être humain. La conséquence heureuse de ce mouvement de pensée sera d'ailleurs l'émergence des droits de l'homme, dont la naissance était conditionnée par la métaphysique de la subjectivité. Si, pour Hobbes, la loi est purement conventionnelle, elle a néanmoins pour origine l'état de nature, qui à ses yeux est un état de guerre de tous avec tous. "Tous les hommes ont un droit sur toutes choses, et même les uns sur le corps des autres"²⁴. "Où le corps d'autrui est clairement soumis à l'absolu de mon droit. Dans l'état de nature, il n'y a pas encore de propriété, donc, *a fortiori*, pas de propriété du corps, ni du mien, ni de celui de l'autre. Mais pour conserver leur vie sans cesse menacée, les hommes forment des sociétés juridiques. Par le contrat, ils abandonnent ce droit absolu sur toutes choses, y compris sur le corps des autres; en échange du droit de propriété²⁵. Et voilà une des raisons pour laquelle la propriété, sacralisée plus tard par l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, est qualifiée d'absolue par l'article 544 du Code Napoléon : c'est qu'au nom de mon pouvoir absolu de conserver mon corps intègre, elle se substitue à un pouvoir absolu sur le corps des autres.

l'utilitarisme, ni au volontarisme. La grande affaire est toujours d'"utiliser" mon corps à ma guise, plutôt que de le penser dans sa relation à autrui et au monde.

²² *Méditations*, p. 321; voy. aussi p. 326: "La nature m'enseigne aussi par ces sentiments de douleur, de faim, de soif, etc., que je ne suis pas seulement logé dans mon corps, ainsi qu'un pilote en son navire, mais, outre cela, que je le suis conjoint très étroitement et tellement confondu et mêlé, que je compose comme un seul tout avec lui."

²³ R. DESCARTES, *Œuvres et lettres*, op. cit., *Troisièmes objections faites par un célèbre philosophe anglais, avec les réponses de l'auteur*, pp. 399 et ss., spécialement *Objection seconde*, pp. 400-404.

²⁴ *Ibidem*, p. 129. Je souligne.

²⁵ "Il faut qu'il existe quelque pouvoir coercitif (...) pour garantir la propriété que les hommes acquièrent, par contrat mutuel, en compensation du droit universel qu'ils abandonnent" (*ibidem*, p. 144).

c. La propriété comme droit absolu

Il ne faudra dès lors plus attendre longtemps pour qu'apparaisse une théorie philosophique explicite de la propriété du corps. Voici John Locke, qui se démarque à son tour de Hobbes sur plusieurs points, mais affirme aussi le droit absolu de conserver sa vie. Il indique également que la "raison naturelle" nous dit que les hommes ont le droit de se conserver et que la terre leur a été donnée en commun²⁶. Pourtant, quelque chose fonde l'appropriation privée. C'est le corps et le travail qu'il produit: "Encore que la terre et toutes les créatures inférieures appartiennent en général à tous les hommes, chacun pourtant a un droit particulier sur sa propre personne, sur laquelle nul autre ne peut avoir aucune prétention. Le travail de son corps et l'ouvrage de ses mains, nous pouvons le dire, sont son bien propre."²⁷ La propriété privée est fondée sur le travail, lui-même émanation du corps. La propriété privée est en quelque sorte la prolongation du corps²⁸. Toute autre propriété est dérivée de cette propriété corporelle, qui seule est originelle. Même la propriété du corps d'autrui est possible. Dans l'état de nature, avant la conclusion du contrat social, le vainqueur est maître du corps du vaincu. Ce n'est qu'après le pacte que ce pouvoir est perdu²⁹. Les hommes concluront le contrat social pour préserver leurs propriétés et trouver une instance pour arbitrer les conflits qui s'y rapportent³⁰.

Cette propriété fondamentale du corps, qui engendre toutes les autres, donne naissance au contrat social et à l'existence même de l'Etat de droit, suppose la raison de type cartésien. L'étalon de toute valeur est la conservation du "je", duquel tout part et auquel tout aboutit. Les écrits de Locke fourmillent ainsi d'allusions à l'évidence, aux principes "écrits dans le cœur de tous les hommes", à la raison qui maîtrise le monde. Celle de Descartes.

Il est vrai qu'aujourd'hui encore, dans les systèmes juridiques occidentaux, qu'ils soient de *Common law* ou de *Civil law*, le droit le mieux affirmé, le mieux protégé, est sans nul doute le droit de propriété. On comprend que la tentation était grande d'y rechercher le fondement de la protection du corps propre.

On sait l'influence de Locke sur la pensée américaine. Rien d'étonnant à ce que la décision judiciaire la plus connue comportant l'affirmation de la propriété du corps soit celle d'une juridiction des Etats-Unis : "*Person has essence of property interest – the ultimate right of control – in his own human body and plaintiff patient's allegation of a property right in his own tissue was sufficient as a matter of law to support action alleging conversion of plaintiff patient's tissues*"³¹. L'idée de la propriété du corps ne restera cependant pas

²⁶ Locke prend argument du Psaume 115, v. 16 : "Les cieux sont les cieux du Seigneur, mais la terre, il l'a donnée aux hommes" (tr. fr. T.O.B.).

²⁷ J. LOCKE, *Deuxième traité du gouvernement civil. Essai sur l'origine, les limites et les fins véritables du gouvernement civil*, tr. fr. D. MAZEL, Paris, G.F.-Flammarion, 1992, § 27, p. 163.

²⁸ *Ibidem*, § 44: "Tout cela montre évidemment que bien que la nature a donné toutes choses en commun, l'homme néanmoins, étant le maître et le propriétaire de sa propre personne, de toute ses actions, de tout son travail, a toujours en soi le grand fondement de la propriété."

²⁹ Locke rappelle notamment que, chez les Juifs, c'est-à-dire après la passation d'un supposé contrat social, les maîtres devaient libérer un serviteur s'ils leur faisaient perdre un œil ou leur faisait tomber une dent (§ 24).

³⁰ On sait en effet que Locke assignera à la société politique et au gouvernement le devoir de conserver les propriétés (§ 124).

³¹ Court of appeal de Californie: *Moore v. The Regents of the University of California*, 249 Cal. Repr. 494 (Cal. App. 2 Dist. 1988) (249 Cal. Rptr. 503). Voy. M.-A. HERMITTE, "L'affaire Moore ou la

caractéristique de l'idéologie libérale. Marx, dans la ligne de John Locke, écrit dans *Le capital* que l'appropriation de son corps par l'ouvrier est la condition de la vente de son travail³². Il y a toujours quelque chose de commun à des adversaires.

II. Impossible distance, impossible propriété

Arrêtons ici notre voyage, puisque le rapport au corps a été formulé à travers le droit de propriété, et dressons le bilan. Même si elle trouve encore aujourd'hui des défenseurs³³, l'analyse du rapport juridique au corps humain en terme de droit de propriété doit être rejetée. Elle tronque la vérité existentielle (a), aboutit à des approximations juridiques (b) et comporte des dangers politiques (c).

a. *Mon corps, c'est moi*

L'appréhension du rapport juridique au corps à travers la propriété part d'un bon sentiment, comme aurait dit Jean de La Fontaine. Elle est liée à la volonté d'affirmer un droit absolu à sa protection. Mais pour qu'il y ait propriété, il faut qu'il y ait un propriétaire, un objet de propriété et, entre les deux, une distance. Celle-ci doit être réelle et non virtuelle. Lorsque je regarde mon corps dans un miroir se crée l'image virtuelle. La distance qui apparaît entre mon double et moi-même est égale au double de la distance qui me sépare du miroir. Si je veux me photographier, la distance que prend en compte l'objectif de l'appareil pour obtenir une image nette est bien celle qui me sépare apparemment de l'image virtuelle, non de son support, le miroir. Mais cette distance est une illusion³⁴. Je ne suis pas séparé de mon corps parce qu'il est réfléchi. Je ne suis pas davantage séparé de mon corps parce que j'y réfléchis, même comme juriste. Seule l'image reflétée de l'infâme belle-mère de Blancheneige est quelqu'un d'autre qu'elle-même, seul son miroir est capable de répondre au sujet qui se regarde. La punition de la Reine qui s'y mirait et qui a cru ce qu'il disait fut de danser chaussée de mules de fer chauffées au rouge jusqu'à ce que mort s'ensuive (mais cela, on ne le raconte pas aux enfants). La propriété du corps suppose une distance impossible entre mon corps et moi-même. Elle suppose le miroir de l'infâme belle-mère de Blancheneige. S'y fier mène aux catastrophes et à la mort. La distance entre moi et moi n'existe que dans les contes. Dorian Gray voit son image vieillir à sa place, mais

diabolique notion de propriété", *Le Monde diplomatique*, décembre 1988, pp. 20-21; B. EDELMAN, "L'homme aux cellules d'or", *D.*, 1989, Chr., pp. 225-230. Cette décision a été réformée le 9 juillet 1990 par la Cour suprême de Californie qui rejette le droit de propriété des cellules. Pour rappel, M. John Moore fut hospitalisé en 1976 au Centre médical de l'Université de Californie pour y soigner une leucémie. Les médecins découvrirent que son sang contenait des substances uniques permettant de traiter certaines maladies. Pendant sept ans, ils prélevèrent, sans le consentement du patient, des éléments de son corps: cellules de peau, sperme, sang. En 1984, une ligne cellulaire fut brevetée par la société pharmaceutique Sandoz à qui elle rapporta trois milliards de dollars. Notons toutefois que M. Moore exerçait une action en revendication (*action for conversion*) des cellules détachées de lui. La décision est plus critiquable en ce qu'elle semble affirmer un droit de propriété sur le corps propre qu'en ce qu'elle envisage la propriété de cellules prélevées. Cette dernière question est très différente (cf. *infra*).

³² *Le capital*, Paris, éd. sociales, 1954, livre I, t. II.

³³ Voy. J.-P. BAUD, *L'affaire de la main volée. Une histoire juridique du corps*, Paris, éd. du Seuil, 1993.

³⁴ L'image virtuelle d'un point réel ne peut être reçue sur un écran: elle est une illusion d'optique. Voy. par exemple A. DESSART, J.-C. JODOGNE et J. JODOGNE, *Optique géométrique. Cours de physique*, 2, Bruxelles, éd. DE BOECK, 1969, p. 14.

l'histoire est pleine de meurtres et se termine mal³⁵. Le Pays des merveilles s'ouvre dans le miroir d'Alice, mais il n'existe pas³⁶.

La propriété suppose une différence, une dichotomie entre le propriétaire et l'objet approprié. Or, mon corps, c'est moi, et il n'y a pas de distance entre lui et moi³⁷. Le corps *est* le sujet de droit. Lorsque l'on caresse mon corps, est-ce que je ne dis pas que c'est *moi* que l'on caresse ? Lorsque que l'on fait volontairement mal à ton corps, c'est bien *toi* que l'on torture. D'ailleurs, qui dit "j'ai un corps", qui dit "ceci est mon corps", sans être ce corps ?³⁸ Qui serait propriétaire de mon corps ? Mon âme ? Mais sous peine de redevenir religieux, le droit ne peut plus dire "l'âme". Alors il dit "la raison", ce qui ici est la traduction de "âme propriétaire", parce que conceptuelle, capable de saisir la *res extensa* dans ses griffes et de la maîtriser comme le propriétaire maîtrise sa chose. Mais personne n'a jamais rencontré la raison sans corps.

b. Un bien étrange droit de propriété

Le droit lui-même, dans sa logique interne, indique l'inadéquation du concept de propriété appliqué au corps. Celui-ci est inaliénable, ce qui est à tout le moins une limitation étonnante des pouvoirs du propriétaire s'il en existe un. La raison en est d'abord qu'il est impossible de se séparer de ce corps qui nous inscrit dans le temps et dans l'espace de manière irréfutable. Et si je me tue – à condition que j'en aie le droit, ce que contestait notamment Hegel³⁹ ou von Savigny⁴⁰ – il n'y a plus de sujet de droit pour exercer le droit de propriété prétendu.

François Rigaux critique aussi l'analogie avec les droits réels à cause de l'indétermination du devoir d'abstention imposé aux tiers⁴¹.

Les auteurs soulignent que les modes d'acquisition et de transmission des droits réels sont limitativement énumérés par la loi et qu'aucun d'eux ne rend compte du lien qui se crée à la naissance ou se défait à la mort⁴².

³⁵ Voy. O. WILDE, *Le portrait de Dorian Gray*, tr. fr., Paris, Garnier-Flammarion, 1988.

³⁶ Voy. L. CAROLL, *Alice au pays des merveilles*, tr. fr., Paris, Hachette-Jeunesse, 1988.

³⁷ "De ce qu'il est la personne même, le corps humain tire une place tout à fait particulière dans le droit." : J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. I, *Les personnes*, 17^e éd., Paris, P.U.F., 1990, n° 4, p. 17. Voy. aussi E. DELEURY, "La personne en son corps : l'éclatement du sujet", (1991) 70 *R. du B. can.* 448 ;Selon Y.-H. Leleu et G. Genicot ("La maîtrise de son corps par la personne", cité *supra*), cette position est celle de la "doctrine personnaliste" (n°s 4-8), rejetée parce qu'"à trop assimiler corps et personne, on en vient à écarter l'indispensable dimension psychologique et spirituelle". Les mêmes auteurs appréhendent le corps dans sa seule "matérialité" (n° 12). La position est logique mais proche de la contradiction: c'est quand le corps est réduit à la matérialité qu'il devient impossible d'y réduire la personne, on en convient depuis la nuit des temps. En d'autres mots, pour refuser la proposition "Je suis mon corps", il faut nécessairement réduire le corps. La doctrine qualifiée de personnaliste n'opère pas cette réduction oublieuse des relations à autrui, de la vie qui anime le corps, ou de l'âme, ou de la dimension "psychologique et spirituelle" dont elle cherche précisément à rendre compte.

³⁸ Il est évident que dans la tradition chrétienne, les paroles de consécration "Ceci est mon corps donné pour vous" (*Τοῦτο ἐστὶν τὸ σῶμα μου τὸ ὑπὲρ ὑμῶν διδομένον*, Lc, 22, 19) signifient bien "c'est moi-même" et ne visent pas la matérialité du corps de Jésus.

³⁹ *Principes de la philosophie du droit*, tr. fr; J. HYPPOLITE, Paris, 5^e éd., 1940, § 70.

⁴⁰ *Op. cit.*, § 53.

⁴¹ F. RIGAUX, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Bruxelles-Paris, Bruylant-L.G.D.J., 1990, n° 656.

⁴² Voy. Y.-H. LELEU et G. GENICOT, *op. cit.*, n° 10.

c. Le rôle idéologique de la propriété du corps propre

L'approche de la relation au corps comme droit de propriété indique en elle-même son danger: vouloir exercer les attributs du propriétaire, *uti, frui et abuti*, à l'égard de soi-même ou d'une autre personne, qui est aussi son corps. Mon corps que je vends, le tien que j'achète, par exemple.

Le fait générateur de l'internationalisation des droits fondamentaux, l'Holocauste, nécessitait la réification du corps. Comment considérer cet événement comme un "détail", même pour la pensée du droit ?

Se pose aussi à cet endroit la question de l'élément corporel séparé. La propriété en est cette fois possible, car, justement, la distance et la maîtrise qui n'existaient pas peuvent être créées par la séparation, le prélèvement ou l'amputation et rendent possible la mise à la disposition d'autrui et l'aliénation. Ne dis-tu pas que ce sont tes cheveux que tu vends ? que ce sont tes organes ou tes gamètes que tu *donnes* ? La vente et la donation sont des procédés classiques d'aliénation de la propriété, cette fois pertinents. Ce n'est plus le corps dont il s'agit, mais une partie qui ne s'y identifie plus, que je n'appelle d'ailleurs plus un corps, mais des cheveux, un cœur, une main. La propriété des éléments corporels séparés de moi est possible, du moins tant qu'ils ne forment pas à nouveau un "corps propre", ce qui arrive quand les gamètes deviennent un enfant⁴³.

Si beaucoup de systèmes juridiques déclarent que ces éléments sont "hors commerce", la question est différente de celle de la propriété. Elle vise les limites du pouvoir de contracter. Cette limitation est largement idéologique et apparaît au moment même où la propriété devient possible. Nier la possibilité d'un droit de propriété des éléments séparés du corps, ou se contenter d'affirmer certaines restrictions de l'*usus* assurent une fonction idéologique: masquer l'exploitation patrimoniale du corps qui s'exerce quotidiennement, notamment par l'activité pharmaceutique et cosmétique⁴⁴. Le sang que l'on ne peut vendre mais que l'on peut donner génère ultérieurement des profits au bénéfice d'autres personnes que les donneurs. Dans les maternités belges, jusqu'il y a peu⁴⁵, le placenta des parturientes était revendu à des entreprises de cosmétiques, au bénéfice de l'institution, sans que la mère en soit informée. Les expériences et études pratiquées sur les patients sont l'indispensable condition des profits considérables accumulés par l'industrie pharmaceutique.

⁴³ Laissons pour un autre débat la question de savoir à partir de quand les gamètes sont un enfant ...

⁴⁴ M. Rigaux s'étonne ainsi de ce que tous les droits de la personnalité soient déclarés extrapatrimoniaux: "Le droit de la personnalité ainsi placé hors du commerce est la maîtrise préjuridique exercée par l'individu sur son corps et sur sa faculté de production spirituelle. En revanche, dès le moment où un attribut de la personnalité s'insère dans un rapport juridique à l'occasion d'une relation particulière nouée par le sujet avec un autre sujet de droit, c'est-à-dire au moment où le bien de la personnalité pénètre dans un espace social juridiquement protégé, il n'y a aucun obstacle de principe à ce que cet attribut soit un objet contractuel. Sans doute, l'ordonnancement normatif, l'ordre public et les bonnes mœurs restreignent ou tempèrent la liberté contractuelle, mais d'une manière qui ne déroge pas aux principes généraux du droit des contrats." Ailleurs: "La qualification non patrimoniale des biens de la personnalité est aussi, et plus profondément, idéologique en ce sens qu'elle tend à dissimuler la réalité, à savoir que la plupart de ces biens sont effectivement dans le commerce. La plupart, mais non tous: ceux qui sont le plus intimement liés au corps physique du sujet demeurent mieux protégés que les autres" (F. RIGAUX, *op. cit.*, n° 658, pp. 732-733).

⁴⁵ Ce ne sont ni des considérations éthiques, ni des considérations juridiques qui semblent avoir mis fin à ces pratiques, mais les affaires de sang contaminé ...

III. Le fondement de la protection corporelle: la dignité

Ai-je pourtant un droit, que l'on dira aujourd'hui "subjectif", mais différent de la propriété, sur mon corps propre? La notion de droit subjectif, on l'a dit, est récente. Elle nous vient de von Ihering⁴⁶ et de von Savigny, le premier la pensant sous l'aspect de l'intérêt protégé, le second sous l'aspect de la volonté et de la maîtrise. Ces dernières apparaissent comme dangereuses, ce que Ihering avait pressenti⁴⁷. L'idéologie de la maîtrise appliquée au corps propre n'échappe pas plus que celle de la propriété à la tentation du miroir, celle-ci étant une conséquence de celle-là.

Il faut d'abord redire que le corps, plutôt qu'un tombeau pour l'âme, plutôt qu'un bateau piloté par la raison, plutôt qu'une subtile mécanique livrée à la science, est un être de relation (a). Cette relation s'exprime aujourd'hui de plus en plus souvent, en droit, à travers l'affirmation d'une dignité propre à la personne humaine. Les fondements en sont à nouveau philosophiques (b). La dignité est une affirmation récente du droit qui pourrait contrebalancer l'objectivation du corps et l'individualisme qu'elle induit (c).

a. Un corps en relation

Ce qui se dit dans le droit à propos du corps n'est pas d'abord que je peux le maîtriser, que je peux en disposer. Au contraire, sous l'angle des contrats, le droit l'interdit presque toujours. Ce qui se dit, c'est que mon corps a le droit *d'être protégé* dans sa relation à autrui⁴⁸. Mon corps, c'est-à-dire moi-même, est en relation avec autrui. Cette relation peut être d'amour, de jouissance, ou d'agression et de violence, elle peut avoir pour but de soigner ou d'être soigné. Le droit, quand il se souvient qu'il est d'abord justice, doit s'intéresser à cette relation à autrui plutôt qu'à un prétendu rapport de soi à soi sur le mode de la volonté souveraine et de la maîtrise. Je ne suis pas un individu, je suis une personne. La propriété du corps tentait de soumettre à une notion juridique une impossible relation autoréférente, à laquelle la "maîtrise" n'échappe pas. Le droit n'existe que dans la relation à autrui⁴⁹. Et sous certains aspects – au sens littéral – mon corps est plus familier à autrui qu'à moi-même, parce qu'autrui me voit constamment tandis que j'ai justement besoin du miroir pour voir mon visage ou mon corps de dos ou en son entier.

Quel est alors le fondement philosophique et juridique de cette protection ? Comment le droit sécularisé pourra-t-il fonder le droit dont chaque être humain jouit de voir respectée son intégrité physique ?

⁴⁶ R. von IHERING, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, tr. fr. par O. DE MEULENAERE, 3^e éd., Paris, Marescq, 1886-1888.

⁴⁷ Ainsi, Ihering critique Savigny en demandant comment le droit protégerait les êtres sans volonté, comme les incapables (*ibidem*, t. IV, § 70, p. 321). Pour une ample discussion de l'opposition entre Savigny et Ihering, voy. X. DIJON, *Le sujet de droit en son corps*, Bruxelles, Larcier, 1982, spécialement pp. 60 et ss. Mais les "pères" du droit subjectif s'accordent tous deux à dire que l'homme n'a pas de pouvoir juridique sur le corps (*ibidem*, p. 217 et les réf.).

⁴⁸ C'est en ce sens qu'il convient sans doute de lire F. Rigaux lorsqu'il soutient que la maîtrise exercée par le sujet sur son corps n'est pas un droit mais une liberté (*ibidem*, n° 656).

⁴⁹ X. Dijon écrit: "La personne physique doit être protégée en tant que sujet de droit *parce que* la relation qu'elle entretient avec son propre corps échappe au droit" (*Droit naturel*, t. 1, *Les questions du droit*, Paris, P.U.F. [Coll. Thémis], 1998, p. 110. Souligné par l'auteur).

b. La dignité comme attribut de l'humanité

Je m'en voudrais de faire croire dans mon chef à une nostalgie de l'Antiquité ou du droit religieux du Moyen Age, pour avoir épinglé les méfaits de l'idéologie du sujet et de la maîtrise depuis le début des Temps modernes. La même époque a vu se dégager l'affirmation de la dignité humaine, qui a contribué à laïciser le droit en formulant une exigence éthique fondée dans l'humanité de l'homme, préparant son entrée dans l'ordre juridique.

Le Moyen Age avait plutôt tendance à accentuer une conception pessimiste de la nature de l'homme, insistant sur son péché et sa déchéance. Au cours du XIII^e siècle – et, à nouveau, nous nous retrouvons à l'époque où le monde s'agrandit, où les conquêtes scientifiques s'affirment, où les Renaissances s'annoncent – Lothaire, après avoir écrit un traité sur la misère humaine⁵⁰ en 1195, se promet d'écrire l'autre moitié sur la dignité de l'homme. Devenu pape sous le nom d'Innocent III, il laissera son projet inachevé. Le thème fut repris deux cents ans plus tard, en 1447, par Bartolomeo Fazio⁵¹ et en 1452 par Giannozzo Manetti⁵² qui réfute la thèse d'Innocent et exalte la grandeur de l'homme en commençant par en examiner la corporéité. En 1486 et 1487, un jeune homme de vingt-quatre ans, Giovanni Pico, comte della Mirandola et Concordia, resté célèbre pour sa précocité et son appétit de savoir, prend part à un débat entamé par d'autres en rédigeant en latin le *Discours sur la dignité de l'homme*⁵³.

Mais c'est surtout Kant, "l'homme du droit"⁵⁴, qui imposera à la pensée occidentale une notion éminente de dignité, indissolublement liée d'ailleurs à celle de respect⁵⁵, à celle d'humanité et à celle de loi, morale d'abord, juridique ensuite. Dès 1764, dans ses *Observations sur le sentiment du beau et du sublime*, Kant fonde la vertu sur un sentiment universel, "le sentiment de la beauté et de la dignité de la nature humaine"⁵⁶, le sentiment de beauté constituant un principe de bienveillance universelle et celui de dignité un principe de respect universel. Il poursuivra, dans les *Fondements de la métaphysique des mœurs* : "La raison rapporte ainsi chacune des maximes de la volonté conçue comme législatrice universelle à chacune des autres volontés, et même à chacune des actions envers soi-même, et cela non pas pour quelque autre motif pratique ou quelque futur avantage, mais en vertu de l'idée de la *dignité* d'un être raisonnable qui n'obéit à d'autre loi que celle qu'il institue en même temps lui-même. Dans le règne des fins tout a un **PRIX** ou une **DIGNITÉ**. (...) Ce qui constitue la condition qui seule peut faire que quelque chose est une fin en soi, cela n'a pas seulement une valeur relative, c'est-à-dire un prix, mais une valeur intrinsèque, c'est-à-dire une *dignité*. Or la moralité est la condition qui seule peut faire qu'un être raisonnable est une fin en soi ;

⁵⁰ *De miseriae humanae conditionis*, 1195.

⁵¹ *De excellentia et praestantia hominis*, dans F. SANDEO, *De regibus Siciliana et Apuliae*, Hanovre, 1611, pp. 149-168.

⁵² *De dignitate et excellentia hominis*, Bâle, 1532, rééd. F.R. Léonard, Padoue, 1975.

⁵³ JEAN PIC DE LA MIRANDOLE, *Œuvres philosophiques*, texte latin, traduction et note par Olivier Boulnois et Giuseppe Tognon, Paris, éd. P.U.F. [coll. Epiméthée], 1993.

⁵⁴ J. LACROIX, *Kant et le kantisme*, Paris, P.U.F. [Coll. Que sais-je ?, n° 123], 1969, p. 66.

⁵⁵ On ne peut développer celle-ci dans le cadre de cette communication. Voy. cependant . AUDARD (dir.), *Le respect. De l'estime à la déférence : une question de limite*, Paris, éd. Autrement [Coll. Points, essais n° 390], 1993.

⁵⁶ E. KANT, *Œuvres philosophiques*, Paris, N.R.F.-Gallimard [Coll. Bibliothèque de la Pléiade], t. Ier, tr. fr. B. LORTHOLARY, 1980, p. 463.

car il n'est possible que par elle d'être un membre législateur dans le règne des fins. La moralité, ainsi que l'humanité, en tant qu'elle est capable de moralité, c'est donc là ce qui seul a de la dignité.⁵⁷"

c. La dignité humaine, principe matriciel en droit

Dans l'affaire John Moore évoquée plus haut, la Cour suprême de Californie, le 9 juillet 1990, invalida la décision de la Cour d'appel en mentionnant la dignité: "*The ramifications of recognizing and enforcing a property interest in body tissues are not known, but greatly feared – the effect of human dignity of a marketplace in human body parts, the impact on research and development of competitive bidding for such materials, and the exposure of researchers to potentially limitless and uncharted tort liability.*"

Des dizaines de textes et de décisions jurisprudentielles utilisent de nos jours la notion de dignité humaine⁵⁸. Une des premières mentions juridiques de la notion semble devoir être trouvée dans la Constitution allemande, dite "de Weimar", du 11 août 1919. L'article 151 dit que "l'organisation de la vie économique doit correspondre aux principes de la justice et se proposer comme but de garantir à tous une existence digne de l'homme". La référence à la dignité est inscrite dans le préambule de la Charte des Nations Unies du 26 juin 1945⁵⁹, dans la Déclaration universelle des droits de l'homme, dans les Pactes internationaux du 16 décembre 1966, dans la Convention américaine relative aux droits de l'homme du 22 novembre 1969, dans la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples du 27 juin 1981, dans la Convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989, etc. Au niveau du Conseil de l'Europe, elle est incluse dans le titre et dans le texte de la Convention pour la protection des droits de l'homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine du 4 avril 1994⁶⁰. Elle figure dans la Constitution allemande (article 1^{er}), dans la Constitution belge (article 23), dans la Constitution suisse (article 24^{nonies}). Le Conseil constitutionnel français a affirmé le 27 juillet 1994, à propos du respect du corps humain, de ses éléments et de ses produits, un "principe de sauvegarde de la dignité humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation"⁶¹. Le même Conseil a ensuite déclaré que le principe de sauvegarde de la dignité humaine est un objectif à valeur constitutionnelle⁶².

⁵⁷ *Fondements de la métaphysique des mœurs*, tr. Fr.V. DELBOS, éd ; Librairie Delagrave, 1980, p. 159-160. C'est Kant qui souligne. Pour une critique, cependant, de l'approche de Kant, voy. Z. KLEIN, *La notion de dignité humaine dans la pensée de Kant et de Pascal*, Paris, Vrin, 1968. Madame Klein décèle un danger dans la thèse de Kant parce qu'aucun homme ne saurait prétendre à la personnification parfaite de cette valeur absolue, au nom de laquelle il aurait pu revendiquer la dignité.

⁵⁸ A ce jour, la banque de données juridique belge JUDIT recense 231 décisions contenant le mot "dignité" et 105 contenant les mots "dignité humaine". En droit canadien, voy. L. HUPPE, "La dignité humaine comme fondement des droits et libertés garantis par la Charte", (1988) 48 *R. du B.* 724.

⁵⁹ "Nous, peuples des Nations Unies, résolu (...) à proclamer à nouveau notre foi dans les droits fondamentaux de l'homme, dans la dignité et la valeur de la personne humaine (...)"

⁶⁰ Citée *supra*, note 4.

⁶¹ Décision n° 94-343-344, *D.*, 1995, jur., p. 237, note B. Mathieu.

⁶² Décision n° 94-359 du 19 janvier 1995. Il convient de souligner que cette fois le droit à un logement décent était en jeu, ce qui indique que le principe peut fonctionner tant pour fixer des limites à l'autonomie des volontés qu'à titre de créances de la personne à l'égard du pouvoir.

"Ce que le droit consacre avant toute chose, écrivent E. Deleury et D. Goubau, c'est la dignité qui participe de l'essence même de la personne⁶³." Cette dignité apparaît comme notion juridique nécessaire et suffisante pour fonder le respect du corps humain. Contrairement à la propriété et à la maîtrise, qui ne concernent que négativement autrui (ma maîtrise s'arrête là où commencent la propriété et la maîtrise de l'autre), la dignité fonctionne comme principe normatif aussi bien à l'égard de mon corps qu'à l'égard de celui d'autrui et, surtout, à l'égard de leur relation même.

Ce thème est pourtant relativement récent en droit. Il a été qualifié de "principe matriciel"⁶⁴. Il est aussi celui par lequel les textes juridiques modernes tentent d'exprimer que le corps est habité par ce que les Anciens nommaient *logos*, *psychè*, *anima*, tout ce qui indique que l'être humain, par rapport aux autres vivants, a quelque chose de plus que son corps matériel, ou plutôt *est* quelque chose de plus que son corps-matière, qu'il partage dans une relation avec tous les hommes. Il est expression de solidarité entre les sujets de droit⁶⁵, qualité de l'appartenance à l'humanité⁶⁶.

La notion présente une certaine autonomie par rapport aux droits de l'homme, mais celui à qui nous devons l'insistance juridique sur la dignité est René Cassin, auteur du premier avant-projet de Déclaration universelle des droits de l'homme. Le concept de dignité figure de manière significative dans l'article 1^{er}, rédigé par ce juriste français chargé de la rédaction de l'avant-projet⁶⁷. Il s'inspire manifestement de l'article 1^{er} de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, sauf que, précisément, la dignité humaine y est affirmée alors que la notion semble inconnue des constituants français. Le texte français disait : "Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits." René Cassin écrit : "Tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droit." Les travaux préparatoires ne disent rien sur l'insertion et l'intention du mot⁶⁸, que l'on retrouve encore à l'article 22 ainsi qu'au premier et au cinquième considérant du préambule qui a été rédigé après le corps du texte⁶⁹.

Certes, la définition et le contenu de la dignité humaine sont problématiques. Il faut la voir comme une notion fonctionnelle ou une notion-cadre: elle indique au législateur et au juge un sens et une mesure. Il n'y a pas lieu de "préalablement préciser ce qu'elle recouvre"⁷⁰. Le législateur et le juge sont chargés de lui donner progressivement un contenu. Elle présente déjà ce caractère lorsqu'elle est inscrite dans la loi. Les fondements du droit ne peuvent que s'exprimer à travers ces notions à contenu variable, comme "ordre public", "société démocratique", "bonnes mœurs", "faute", "traitement inhumain", et tant d'autres. C'est le lot de la "justice", de l'"équité" elles-mêmes qui contribuent parfois, dans

⁶³ *Op. et loc. cit.*

⁶⁴ B. MATHIEU, "Pour une reconnaissance de 'principes matriciels' en matière de protection constitutionnelle des droits de l'homme", *D.*, 1995, Chr., p. 211.

⁶⁵ Voy. M.-L. PAVIA, "La découverte de la dignité de la personne humaine", dans M.-L. PAVIA et Th. REVET (dir.), *La dignité de la personne humaine*, Paris, éd. Economica, 1999, pp. 17-18.

⁶⁶ Voy. B. EDELMAN, "La dignité de la personne humaine, un concept nouveau", *ibidem*, p. 29.

⁶⁷ A. VERDOODT, *Naissance et signification de la Déclaration universelle des droits de l'homme*, Louvain-Paris, éd. Nauwelaerts, 1964, pp. 59-60.

⁶⁸ J'ai eu accès au manuscrit initial de René Cassin, une feuille de papier sur laquelle le tout premier avant-projet de Déclaration a été rédigé. Cette pièce a été offerte par Madame Cassin au P. Joseph Wrésinski, fondateur du mouvement international A.T.D. Quart Monde. Le feuillet contient de multiples ratures, mais la phrase mentionnée a été écrite d'un trait, sans retouche.

⁶⁹ Voy. A. VERDOODT, *ibidem*, p. 302; M. AGI, *René Cassin, fantassin des droits de l'homme*, Paris, éd. Plon, 1979, p. 230.

⁷⁰ Y.-H. LELEU et G. GENICOT, *op. cit.*, n° 22.

les jugements, à opérer la balance des intérêts plutôt qu'un prétendu syllogisme judiciaire qui impliquerait effectivement un contenu préalable et précis. Une notion juridique comme la dignité humaine a pour fonction de recevoir un contenu évolutif. On ne saurait l'emprisonner dans une quelconque définition ou quantification.

La reconnaissance du caractère fonctionnel de la notion juridique de dignité humaine n'empêche pas de soutenir qu'elle est en droit inconditionnelle et universelle. La fonctionnalité n'empêche pas qu'existent des interprétations incompatibles avec la notion. Le respect de la dignité humaine ne peut et ne pourra jamais être conditionnel, à peine de ridiculiser les principes sur lesquels prétendent s'appuyer nos Etats de droit. Il dit en tout cas mieux que la propriété et mieux que la maîtrise que le corps humain est une personne en relation avec d'autres personnes humaines.

Il faut casser les miroirs. Cela porte bonheur, parce qu'ils peuvent rendre fou.

Jacques Fierens.

CAHIERS DISPONIBLES

- N° 1 : Destin, liberté et culpabilité en droit romain classique, R. ROBAYE, mars 1998, 2 €
- N° 2 : Le casse-tête de la définition légale de l'A.S.B.L., M. COIPEL, juillet 1998, 2 €
- N° 3 : Vers une légalisation de l'euthanasie volontaire ? Réflexions à propos de la thèse de l'autonomie, Et. MONTERO, juillet 1998, 2 €
- N° 4 : Quelques considérations sur le droit du cyberspace, Y. POULLET, septembre 1998, 2 €
- N° 5 : Quelques réflexions sur la normativité juridique et la normativité bioéthique, J.-L. BAUDOUIN, Juge à la Cour d'appel du Québec, septembre 1998, 2 €
- N° 6 : Autour de Léo Moulin, Cl. JAVEAU et Ph. THIRY, septembre 1998, 2 €
- N° 7 : Codification et décodification : le droit comparé à contribution, X. THUNIS et Fr. van der MENSBRUGGHE, octobre 1998, 2 €
- N° 8 : Hegel et le droit, Ph. THIRY, octobre 1998, 3 €
- N° 9 : Rhétorique et philosophie, le débat oublié, R. SCHMETZ, février 1999, 2 €
- N° 10 : La place des aînés dans la société de demain, P. DUCHESNE, février 1999, 2 €
- N° 11 : L'erreur, le dol et la lésion qualifiée : analyse des comparaisons, C. GOUX, février 1999, 2 €
- N° 12 : L'action paulienne et la tierce complicité : points de contacts, I. BANMEYER, février 1999, 2 €
- N° 13 : L'efficacité des politiques de lutte contre la pauvreté : tentative épistémologique de solution, N. BERNARD, avril 1999, 3 €
- N° 14 : Droit et croyances populaires dans les Sociétés africaines traditionnelles, Ch. NTAMPAKA, avril 1999, 2 €
- N° 15 : Le jusnaturalisme d'Aristote, X. DIJON, avril 99, 3 €
- N° 16 : La clause pénale : droit commun et régimes particuliers, P. WERY, novembre 1999, 3 €
- N° 17 : Critique de l'idée de propriété du corps humain ou Le miroir de l'infâme belle-mère de Blancheneige, J. FIERENS, décembre 1999, 2 €
- N° 18 : La tierce complicité. L'évolution jurisprudentielle. Les suites de l'arrêt de 1983, Ch. WAUTERS, décembre 99, 3 €
- N° 19 : Le droit européen de l'environnement : le discours et la règle, Xavier THUNIS, février 2000, 2 €
- N° 20 : Vers une légalisation de l'euthanasie volontaire ? Réflexions à propos de la thèse de l'autonomie, Et. MONTERO, février 2000, 2 €
- N° 21 : La sagesse du juge : le devoir avant la vertu, X. THUNIS, mai 2000, 2 €
- N° 22 : Violences légitimes ? Les sportifs face à leur responsabilité, W. CASSIERS, juin 2000, 2 €
- N° 23 : Le service universel : une notion à cerner pour un champ politique à identifier, J.-M. CHEFFERT, août 2000, 2 €
- N° 24 : La théorie de l'engagement par volonté unilatérale et son intérêt particulier en droit des sociétés extrait des Mélanges offert à Pierre Van Ommeslaghe, M. COIPEL, novembre 2000, 2 €

- N° 25 : Le processus d'institutionnalisation des comités d'éthique en Europe : diversité et complexité des situations, M.-L. Delfosse, mars 2001, 2 €
- N° 26 : Hommage à Jean du Jardin, M.Scheuer, H. Vuye, Y. Poulet, J. du Jardin, mai 2001, 2 €
- N° 27 : La responsabilité du fait des animaux (article 1385 du Code Civil), S. MAHIEU (étudiante en 2de candidature - prix du meilleur travail de droit 2000-2001), janvier 2002, 2 €
- N° 28 : Introduction à l'œuvre de Ch. Perelman, R. SCHMETZ, septembre 2002, 2 €
- N° 29 : Des discours éthiques dans les avis du comité consultatif de bioéthique, M.-L. DELFOSSE, octobre 2002, 2 €

